

Umowy o świadczenie usług marketingowych zawierane z przewoźnikiem lotniczym w świetle reguł pomocy państwa.

Glosa do decyzji Komisji (UE) 2015/1227 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie pomocy państwa SA.22614 (C 53/07) wdrożonej przez Francję na rzecz Izby Handlowo-Przemysłowej w Pau-Béarn, Ryanair, Airport Marketing Services i Transavia

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Decyzja Komisji
 1. Ocena środków pomocy
 2. Umowy o świadczenie usług marketingowych a umowy o świadczenie usług portu lotniczego
 3. Zastosowanie testu prywatnego inwestora do umowy o świadczenie usług marketingowych
 4. Korzyści operatora portu lotniczego z tytułu zawarcia umowy o świadczenie usług marketingowych
 5. Test prywatnego inwestor
- III. Komentarz
- IV. Podsumowanie

JEL: K13, L93

I. Wprowadzenie

Sektor lotniczy tradycyjnie odznaczał się wysokim poziomem publicznego wsparcia (Schmauch, 2012, s. 14). W rezultacie porozumienia między portami lotniczymi a przewoźnikami, zwłaszcza niskokosztowymi¹, tworzące dla tych ostatnich preferencyjne warunki prowadzenia działalności, stanowiły i wciąż stanowią przedmiot badania Komisji Europejskiej (dalej: Komisja lub KE) w kontekście reguł pomocy państwa (por. Kociubiński, 2014, s. 29)².

W ostatnich latach uwaga KE skupiła się między innymi na umowach o świadczenie usług marketingowych zawieranych pomiędzy przewoźnikiem lotniczym a podmiotem zarządzającym portem lotniczym (operatorem), samorządem lub regionalną organizacją turystyczną. Jak bowiem wskazała Komisja w wydanych w 2014 r. wytycznych: „wskutek rozwoju rynku oraz bliskiej współpracy między portami lotniczymi a przedsiębiorstwami lotniczymi stopniowo rozwinęło się [...] wiele praktyk handlowych, w tym umowy długoterminowe przewidujące zróżnicowane taryfy

¹ Por. A. Jurkowska-Gomułka, E. Krajewska i T. Skoczny (2013, s. 66–67), którzy zwracają uwagę, że szybki rozwój niskokosztowych przewoźników spowodował, że kwestie pomocy publicznej stały się nad wyraz aktualne.

² Jak wynika z dokumentu roboczego Komisji z dnia 4 czerwca 2015 r., który został dołączony do „Sprawozdania dotyczącego polityki konkurencji za rok 2014” tylko w 2014 r. Komisja wydała sześć negatywnych decyzji dotyczących współpracy między portami lotniczymi a przewoźnikami i nakazała łącznie zwrot 12,3 mln euro. SWD(2015) 113 wersja ostateczna, s. 66.

i czasem znaczne kwoty w postaci zachęt i wsparcia marketingowego, wypłacane przez porty lotnicze lub władze lokalne na rzecz przedsiębiorstw lotniczych”³.

Przykładowo, w 2011 r. sprawie dotyczącej współpracy pomiędzy *Portem lotniczym w Timisoarze* (Rumunia) a *Wizz Air*, na skutek skargi *Carpatair*, Komisja powzięła wątpliwość co do zgodności umowy o świadczenie usług marketingowych z rynkiem wewnętrznym⁴. Zgodnie z umową, *Wizz Air* zobowiązał się m.in. do promocji portu lotniczego i lotów do/z portu lotniczego w swoim magazynie pokładowym (wersji papierowej i elektronicznej), zamieszczania reklam portu lotniczego na swojej stronie internetowej oraz stworzenia strategii marketingowej dla portu lotniczego. *Port lotniczy w Timisoarze* zobowiązał się z kolei do zapłaty na rzecz *Wizz Air* „opłaty marketingowej”, której wysokość była uzależniona od liczby pasażerów w porcie lotniczym. Postępowanie w tej sprawie jeszcze się nie zakończyło. Podobne postępowania w sprawie współpracy portów lotniczych z przewoźnikami lotniczymi Komisja wszczęła w odniesieniu do m.in. *portów lotniczych w Beauvais*⁵, *Gironie i Reus*⁶ oraz *Cluj-Napoca i Târgu Mureș*⁷.

Spośród spraw dotyczących umów o świadczenie usług marketingowych na szczególną uwagę zasługuje decyzja Komisji z 2014 r.⁸ w sprawie pomocy państwa wdrożonej przez Francję na rzecz Izby Handlowo-Przemysłowej w Pau-Béarn, Ryanair, Airport Marketing Services i Transavia (dalej: Decyzja w sprawie Pau)⁹. Po pierwsze, dotyczy ona zakończonego postępowania¹⁰. Po drugie, zawiera ona bardzo obszerną i szczegółową analizę dopuszczalności zawierania umów o świadczenie usług marketingowych z przewoźnikami lotniczymi¹¹. Po trzecie, dalsze zachowanie Komisji w tej sprawie – skierowanie skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał lub TSUE) wskutek uznania, że Francja nie zastosowała się do Decyzji w sprawie Pau w wyznaczonym terminie¹² – stanowi, jak się wydaje, przykład zaostrego podejścia Komisji w obszarze pomocy państwa, w tym przypadku w zakresie umów o świadczenie usług marketingowych zawieranych między przewoźnikami lotniczymi a podmiotami zarządzającymi portami lotniczymi, samorządem lub regionalną organizacją turystyczną¹³.

³ Por. Komunikat Komisji z 20 lutego 2014 r. „Wytyczne dotyczące pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych”, 2014/C 99/03 (dalej: Wytyczne z 2014 r.); pkt 7.

⁴ Zob. decyzję Komisji o wszczęciu formalnego postępowania z dnia 24 maja 2011 r. w sprawie SA.31662 – Rumunia – Timisoara International Airport – Wizz Air.

⁵ Zob. decyzję o wszczęciu formalnego postępowania z dnia 30 maja 2012 r. w sprawie SA.33960 (2012/C) (ex 2012/NN) Port lotniczy Beauvais.

⁶ Zob. decyzję Komisji z dnia 16 października 2013 r. w sprawie SA.33909 – Domniemana pomoc na rzecz Ryanair i innych linii lotniczych oraz ewentualna pomoc na rzecz portów lotniczych Girona i Reus.

⁷ Zob. decyzję Komisji z dnia 31 lipca 2015 r. w sprawie wszczęcia postępowania dotyczącego domniemanej pomocy na rzecz portów lotniczych i Târgu Mureș Transilvania oraz przewoźników lotniczych operujących na tych lotniskach (w szczególności Wizz Air).

⁸ Przy czym decyzja została opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nieco ponad rok później. Dz. Urz. L 201, s. 109–197.

⁹ Zob. decyzję Komisji (UE) 2015/1227 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie pomocy państwa SA.22614 (C 53/07) wdrożonej przez Francję na rzecz Izby Handlowo-Przemysłowej w Pau-Béarn, Ryanair, Airport Marketing Services i Transavia.

¹⁰ Należy jednak pamiętać, że 7 kwietnia 2015 r. Ryanair i Airport Marketing Service wniosły skargę do Sądu przeciwko Komisji, domagając się stwierdzenia nieważności Decyzji w sprawie Pau (sprawa zarejestrowana pod sygnaturą T-165/15). W dniu 13 października 2015 r. skargę wniosła również Transavia Airlines (sprawa T-591/15).

¹¹ Warto zaznaczyć, że tego samego dnia została wydana również decyzja Komisji (UE) 2015/1226 w sprawie pomocy państwa SA.33963 (2012/C) (ex 2012/NN) wdrożonej przez Francję na rzecz izby handlowo-przemysłowej w Angoulême oraz przedsiębiorstw SNC-Lavalin, Ryanair i Airport Marketing Services. Dz. Urz. L 201, s. 48–108, zawierająca podobne rozważania i zakończona w identyczny sposób.

¹² Por. komunikat prasowy Komisji z 27 czerwca 2015 r., dostępny na stronie internetowej: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5442_en.htm (dostęp 30 stycznia 2016 r.).

¹³ Innym obszarem, w którym można zaobserwować taką tendencję jest obszar publicznego finansowania budowy infrastruktury transportowej. Por. Jarecki (2015, s. 20–37).

II. Decyzja Komisji

1. Ocena środków pomocy

Przedmiotem oceny Komisji w glosowanej sprawie było m.in. szereg umów o świadczenie usług marketingowych (dalej: łącznie Umowy marketingowe) i umów o świadczenie usług portu lotniczego zawartych w latach 2003–2010 między podmiotem zarządzającym portem lotniczym Pau-Pyrénées (dalej: Port lotniczy w Pau), tj. Izłą Handlowo-Przemysłową w Pau-Béarn a przedsiębiorstwem lotniczym Ryanair Limited (dalej: Ryanair) lub spółką Airport Marketing Services Limited (dalej: AMS), będącą w 100% spółką zależną Ryanair. Podstawą wszczęcia postępowania była umowa o świadczenie usług marketingowych z 2005 r. zawarta między operatorem Portu lotniczego w Pau a AMS (dalej: Umowa z 2005 r.). Umowa ta wprost stwierdzała, że była ona oparta na zobowiązaniu Ryanair do zapewnienia codziennego połączenia między Pau a Londynem (Stansted). Zgodnie z Umową z 2005 r., AMS, która posiada wyłączną licencję na oferowanie usług marketingowych na stronie internetowej www.ryanair.com, świadczyła na rzecz operatora Portu lotniczego w Pau „specjalne usługi marketingowe, mające na celu promowanie różnych atrakcji turystycznych oraz spraw regionu Pau i Béarn”. Głównym narzędziem marketingowym była ww. strona internetowa, na której (albo jej podstronach) umieszczano informacje typu „pięć rzeczy, które trzeba zobaczyć w Pau” lub odnośniki internetowe do stron wskazanych przez operatora Portu lotniczego w Pau. Na podstawie Umowy z 2005 r. Izba Handlowo-Przemysłowa zobowiązała się przekazywać AMS ponad 400 tysięcy euro rocznie przez cały okres obowiązywania umowy (pięć lat).

Należy przypomnieć, że Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) nie definiuje pojęcia pomocy państwa, ale stanowi w art. 107 ust. 1, że „wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”.

Przesłanki, o których mowa w art. 107 ust. 1 TFUE, muszą być spełnione kumulatywnie. W związku z tym, aby stwierdzić czy określone środki stanowią pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, należy sprawdzić, czy wsparcie: a) zostało przyznane przez państwo lub z zasobów państwowych; b) stanowi korzyść gospodarczą dla beneficjenta oraz c) uprzywilejowuje niektóre przedsiębiorstwa lub produkcję niektórych towarów. Jeżeli określone środki stanowią pomoc państwa, należy następnie sprawdzić czy pomoc ta wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi oraz zakłóca konkurencję lub grozi jej zakłóceniem¹⁴.

Odnosząc się do pierwszej przesłanki, tj. czy wsparcie zostało przyznane przez państwo lub z zasobów państwowych, Komisja nie miała wątpliwości, że izby handlowo-przemysłowe, takie jak operator Portu lotniczego w Pau, muszą być uznane za organy władzy publicznej, których wszystkie decyzje, podobnie jak decyzje administracji centralnej państwa lub samorządów

¹⁴ Trafnie wskazuje J. Kociubiński (2012, s. 17), że negatywny wpływ (realny lub potencjalny), jaki analizowany środek ma na konkurencję i handel między państwami członkowskimi nie powinien stanowić elementu definicji pomocy państwa, a jedynie warunek niezgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym. Kwestia ta nie jest jednak jednoznacznie traktowana w doktrynie; por. przegląd stanowisk: Nykiel-Mateo (2009, s. 33–44). Również Komisja prezentuje niejednoczyne zdanie w tej kwestii. W Decyzji w sprawie Pau KE uznała negatywny wpływ na konkurencję i wymianę handlową jako element definicyjny pojęcia pomocy państwa. Nie miała przy tym wątpliwości, że umowy będące przedmiotem badania zakłóciły lub groziły zakłóceniem konkurencji i wpłynęły na wymianę handlową w ramach Unii. Zob. pkt 443 Decyzji w sprawie Pau.

lokalnych, „można przypisać państwu” w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i których zasoby stanowią zasoby państwowe¹⁵.

Następnie Komisja przystąpiła do oceny czy beneficjenci wsparcia uzyskali korzyść ekonomiczną, jakiej by nie osiągnęli w normalnych warunkach rynkowych, tj. czy hipotetyczny inwestor prywatny, będący na miejscu operatora Portu lotniczego w Pau i kierujący się osiągnięciem rentowności, zawarłby podobne Umowy marketingowe. W celu prawidłowego zastosowania testu prywatnego inwestora Komisja uznała, że należy najpierw odpowiedzieć na następujące pytania: po pierwsze, czy Umowy marketingowe należy oceniać łącznie z umowami o świadczenie usług portu lotniczego; po drugie, w jakim charakterze działała Izba Handlowo-Przemysłowa, zawierając Umowy marketingowe oraz, po trzecie, jakich korzyści mógłby się spodziewać z podpisania umów o świadczenie usług marketingowych hipotetyczny inwestor prywatny, będąc na miejscu Izby Handlowo-Przemysłowej?

2. Umowy o świadczenie usług marketingowych a umowy o świadczenie usług portu lotniczego

Komisja dokonała analizy Umów marketingowych łącznie z umowami o świadczenie usług portu lotniczego zawartymi przez operatora Portu lotniczego w Pau z Ryanair dla połączeń Pau-Londyn Stansted, oraz Pau-Charleroi oraz Pau-Beauvais. W ocenie Komisji było to konieczne, ponieważ oba rodzaje umów albo były zawierane niemal w tym samym momencie i przez te same strony¹⁶, albo istniały tzw. dorozumiane umowy o świadczenie usług portu lotniczego, polegające na dalszym pobieraniu od Ryanair ogólnych opłat lotniskowych¹⁷.

Ponadto Komisja zauważyła, że „pewna liczba innych elementów [...] wskazuje na istnienie dodatkowych bardzo ścisłych związków między każdą umową o świadczenie usług marketingowych z zawartą jednocześnie z nią umową o świadczenie usług portu lotniczego”¹⁸. Na przykład Komisja zwróciła uwagę, że zawarcie Umowy z 2005 r. i umowy o świadczenie usług portu lotniczego nastąpiło na ten sam okres – w ocenie KE było bardzo prawdopodobne, że Umowy marketingowe nie istniałyby, gdyby Ryanair nie obsługiwał połączeń, o którym mowa w umowach o świadczenie usług portu lotniczego. Komisja wskazała także na preambuły Umów marketingowych, z których zdaniem KE wynikało, że zasadniczy cel tych umów nie był ogólny, tj. promocja regionu Pau i Béarn, ale dużo bardziej szczegółowy, tj. zwiększenie sprzedaży biletów na loty Ryanair przylatujące do Pau poprzez promocję tego regionu¹⁹. Liczba pasażerów była przedstawiana w Umowach marketingowych jako „zasadniczy warunek handlowy”²⁰. Usługi marketingowe były zaprojektowane tak, by w sposób ogólny i niezróżnicowany zwiększyć częstotliwość odwiedzania Pau i regionu przez turystów i przedsiębiorców, ale adresowane były do osób, które zdecydowały się na skorzystanie z usług transportowych Ryanair, określonych w Umowach marketingowych, a ich zasadniczym celem jest promowanie tych właśnie usług²¹. Gdyby usługi transportu lotniczego Ryanair nie

¹⁵ Pkt 274 Decyzji w sprawie Pau.

¹⁶ Komisja uznała, że Ryanair i AMS stanowią jeden i ten sam podmiot gospodarczy.

¹⁷ Pkt 286 Decyzji w sprawie Pau.

¹⁸ Pkt 291 Decyzji w sprawie Pau.

¹⁹ Pkt 293 i 297 Decyzji w sprawie Pau.

²⁰ Pkt 295 Decyzji w sprawie Pau.

²¹ Pkt 305 Decyzji w sprawie Pau.

zostały uruchomione w określonym czasie, Umowy marketingowe miały wygasnąć, a żadna ze stron nie miała prawa pociągnąć drugiej strony do odpowiedzialności²².

Komisja zauważyła także, że przed podpisaniem Umów marketingowych operator Portu lotniczego w Pau nie zorganizował przetargu otwartego dla wszystkich przedsiębiorstw świadczących tego typu usługi i „ogólnie dla dostaw przedmiotowych usług lotniczych nie przewidział innych usługodawców niż rozpatrywane przedsiębiorstwa lotnicze lub ich spółki zależne”²³.

3. Zastosowanie testu prywatnego inwestora do umowy o świadczenie usług marketingowych

W celu przeprowadzenia testu prywatnego inwestora Komisja musiała rozstrzygnąć, do jakiego hipotetycznego podmiotu rynkowego należałoby się odnieść, aby przeanalizować zachowanie Izby Handlowo-Przemysłowej. Mianowicie, czy zawierając Umowy marketingowe, Izba Handlowo-Przemysłowa działała jako organ zarządzający Portem lotniczym w Pau, czy jako organ władzy publicznej nabywający usługi marketingowe w ramach zadania lokalnego rozwoju gospodarczego (niezależnie od swojej funkcji organu zarządzającego portem lotniczym).

Komisja uznała, że właściwe jest pierwsze podejście. Zdaniem KE, drugie spośród przedstawionych powyżej rozwiązań należało odrzucić, ponieważ pomijało ono nierozzerwalny charakter umów o świadczenie usług portu lotniczego i Umów marketingowych. Ponadto, KE przypominała, że Umowy marketingowe nie zostały zawarte wskutek przetargu, tymczasem w ocenie Komisji, „jeśli podmiot publiczny dokonuje nabycia w ramach wykonywania swojego zadania w interesie ogólnym, na ogół spodziewamy się, że ograniczy wydatki do minimum, organizując przetarg, a co najmniej skonsultuje z kilkoma usługodawcami i porówna ich oferty”²⁴. Ustalenie to, jak również fakt, że porównując swoje zachowanie z zachowaniem innych przedsiębiorstw prywatnych, aby ustalić czy było spełnione kryterium prywatnego inwestora, Izba Handlowo-Przemysłowa porównała się głównie z podmiotami zarządzającymi portami lotniczymi, potwierdzało zdaniem KE nieadekwatność drugiego podejścia²⁵.

4. Korzyści operatora portu lotniczego z tytułu zawarcia umowy o świadczenie usług marketingowych

Z powyższego wynikało, że konieczne było ustalenie korzyści z usług marketingowych, jakich odniesienia spodziewałby się ten hipotetyczny inwestor prywatny, kierujący się osiągnięciem rentowności. Oznaczało to, że KE nie będzie brała pod uwagę ogólnego wpływu jako takiego, takich usług na turystykę i działalność gospodarczą regionu. Komisja podkreśliła, że „liczą się wyłącznie skutki tych usług dla rentowności portu lotniczego, ponieważ tylko one zostałyby wzięte pod uwagę przez hipotetycznego prywatnego inwestora rozważanego w tej analizie”²⁶.

Komisja przyznała przy tym, że charakter usług marketingowych wpływa na częstotliwość korzystania z połączeń lotniczych. Dla takiego podmiotu, jak operator Portu lotniczego w Pau, większa liczba pasażerów może bowiem przełożyć się na zwiększenie przychodów pochodzących z niektórych opłat lotniczych, ze świadczenia usług obsługi naziemnej oraz przychodów pozalotniczych, pochodzących z działalności parkingu, punktów gastronomicznych, innych punktów

²² Pkt 304 Decyzji w sprawie Pau.

²³ Pkt 308 Decyzji w sprawie Pau.

²⁴ Pkt 327 Decyzji w sprawie Pau.

²⁵ Pkt 328 Decyzji w sprawie Pau.

²⁶ Pkt 333 Decyzji w sprawie Pau.

handlowych itd.²⁷. Komisja zauważyła jednak, że z żadnego elementu znajdującego się w aktach sprawy nie wynikało, aby w momencie zawierania umowy o świadczenie usług marketingowych operator Portu lotniczego w Pau przewidywał i z góry obliczył ewentualne pozytywne skutki umowy, wykraczające poza samo połączenie lotnicze stanowiące przedmiot umowy.

Oceniając skuteczność narzędzi marketingowych przewidzianych w umowie, Komisja wyraziła wątpliwość, aby osoby odwiedzające stronę internetową Ryanair pamiętały przez dłuższy czas wyświetlaną reklamę i że wpłynęła ona na zakup biletów lotniczych przez te osoby po upływie kilku tygodni. Zdaniem KE, kampania reklamowa może mieć trwały wpływ, gdy działania promocyjne są realizowane za pomocą jednego lub kilku nośników reklamowych, z którymi konsumenci często się spotykają przez określony czas. Przykładowo, kampania reklamowa w ogólnotematycznych kanałach telewizyjnych i stacjach radiowych, grupa stron internetowych lub tablic reklamowych rozmieszczonych na zewnątrz lub w miejscach publicznych może wywołać taki trwały efekt, jeśli konsumenci spotykają się z tymi nośnikami w sposób bierny i wielokrotny. Natomiast działanie promocyjne ograniczone do niektórych stron (podstron) tylko na stronie internetowej Ryanair „raczej nie przynosi efektów trwających długo po upływie okresu działań promocyjnych”²⁸. W ocenie Komisji jest „bardzo prawdopodobne, że w przypadku większości osób odwiedzanie strony internetowej Ryanair nie jest na tyle częste, aby spowodować trwałe zapamiętanie promocji jakiegoś regionu na tej stronie”²⁹.

5. Test prywatnego inwestora

W ramach testu prywatnego inwestora Komisja oceniła dla całego okresu obowiązywania Umów marketingowych oraz umów o świadczenie usług portu lotniczego następujące elementy: przyszłe przyrostowe natężenie ruchu spodziewane z tytułu wdrożenia tych umów, z ewentualnym uwzględnieniem wpływu usług marketingowych na wskaźnik wykorzystania miejsc dla połączeń określonych w umowach; przyszłe przychody przyrostowe spodziewane z tytułu wdrożenia z tych umów, w tym przychody pochodzące z opłat lotniczych i usług obsługi naziemnej wygenerowane dzięki połączeniom; a także przychody pozalotnicze pochodzące z dodatkowego ruchu wynikającego z wdrożenia tych umów oraz przyszłe koszty przyrostowe spodziewane z tytułu wdrożenia tych umów, w tym koszty eksploatacyjne i ewentualne koszty inwestycyjne przyrostowe wynikające z połączeń, a także koszty usług marketingowych.

Bez znaczenia dla KE pozostawało natomiast czy usługi marketingowe były nabywane po cenie rynkowej, czy niższej. Komisja zwróciła uwagę, że hipotetyczny inwestor prywatny kierujący się osiągnięciem rentowności nie byłby gotowy nabyć tych usług, nawet za cenę niższą lub równą „cenie rynkowej”, jeśli przewidywałby, że mimo pozytywnego wpływu tych usług na częstotliwość korzystania z odnośnych połączeń lotniczych, koszty przyrostowe wygenerowane przez umowy przekroczyłyby bieżącą wartość netto przychodów przyrostowych. W takim przypadku, zdaniem Komisji, „cena rynkowa” przekraczałaby cenę, jaką byłby gotowy zapłacić i logiczną byłaby rezygnacja z przedmiotowych usług³⁰.

²⁷ Pkt 334 Decyzji w sprawie Pau.

²⁸ Pkt 341 Decyzji w sprawie Pau.

²⁹ Pkt 342 Decyzji w sprawie Pau.

³⁰ Por. pkt 379 Decyzji w sprawie Pau.

Ostatecznie Komisja uznała, że zawarcie Umów marketingowych (analizowanych łącznie z umową o świadczenie usług lotniczych) stanowiło niezgodną z prawem pomoc państwa.

II. Komentarz

Przystępując od analizy Decyzji w sprawie Pau w kontekście możliwości zawierania przez porty lotnicze Umów marketingowych z przewoźnikami lotniczymi, należy na wstępie podkreślić jednoznaczne stanowisko KE, że ocena Umów marketingowych powinna obejmować również ocenę umowy o świadczenie usług lotniczych. Jedną z okoliczności przesądzających było to, że oba rodzaje umów zostały zawarte przez te same strony, przy czym z perspektywy Komisji Ryanair i AMS stanowiły jeden i ten sam podmiot gospodarczy³¹.

Ze względu na to, że stroną zarówno Umów marketingowych, jak i umów o świadczenie usług portu lotniczego była Izba Handlowo-Przemysłowa, nie było natomiast potrzeby analizy czy podmiot państwowy (samorządowy) i podmiot kontrolowany przez państwo (samorząd) również powinny być traktowane łącznie. Wydaje się jednak, że w sytuacji, w której umowa o świadczenie usług marketingowych zawierana byłaby przez samorząd, do którego należą akcje albo udziały podmiotu zarządzającego portem lotniczym, Komisja również byłaby skłonna przyjąć, że samorząd i port lotniczy stanowią jeden i ten sam podmiot gospodarczy³². Jak wskazał Sąd w sprawie T-196/04, *Ryanair przeciwko Komisji* (tzw. sprawa Charleroi), „w ramach zastosowania kryterium inwestora prywatnego konieczne zaś jest rozpatrzenie transakcji komercyjnej jako całości, aby w ten sposób sprawdzić czy podmiot państwowy i podmiot kontrolowany przez państwo, traktowane łącznie, zachowywały się jak działające racjonalnie w warunkach gospodarki rynkowej podmioty gospodarcze. Komisja ma bowiem obowiązek uwzględnić przy badaniu spornych środków wszystkie mające znaczenie dla sprawy elementy i ich kontekst [...], w tym także te dotyczące sytuacji, w jakiej znajduje się organ odpowiedzialny za przyznanie danych środków. [...] W niniejszym przypadku trzeba zatem wyciągnąć wniosek, że należało uznać, iż Region Walonii [samorząd] i BSCA [operator portu lotniczego] stanowią, dla celów zastosowania zasady prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej, jeden i ten sam podmiot”³³ (podkreślenie własne).

W łącznej ocenie obu rodzajów umów „pomaga” zawarcie umowy o świadczenie usług marketingowej z pominięciem procedury przetargowej. W Decyzji w sprawie Pau Komisja kilkakrotnie zwróciła uwagę, że przed podpisaniem Umów marketingowych operator Portu lotniczego w Pau nie zorganizował otwartego przetargu dla wszystkich przedsiębiorstw świadczących tego typu usługi. Analizując podejście Komisji, można zaryzykować tezę, że nawet jeżeli Umowy

³¹ Szerzej na temat koncepcji jednego podmiotu (organizmu) gospodarczego w prawie pomocy państwa zob. Semeniuk (2015, s. 277–281).

³² Por. decyzję Komisji z dnia 16 października 2013 r. w sprawie SA.33909 – Domniemana pomoc na rzecz Ryanair i innych linii lotniczych oraz ewentualna pomoc na rzecz portów lotniczych Girona i Reus; pkt 88–110. Inną sprawą jest to czy uwaga Komisji skupiłaby się wówczas wyłącznie na wsparciu, które otrzymał przewoźnik lotniczy, czy też przedmiotem analizy KE byłaby również „pośrednia” korzyść odnoszona przez podmiot zarządzający portem lotniczym, w związku z tym, że nie musi on ponosić kosztów, które normalnie obciążałoby jego własne zasoby finansowe. Zob. ww. decyzję KE; pkt 115. Na temat pośredniej korzyści zob. wyr. Sądu w sprawie T-565/08, *Corsica Ferries France SAS przeciwko Komisji*, pkt 137 i 138. ECLI:EU:T:2012:415. Zob. również Wytoczne z 2014 r., gdzie KE wskazała, że aby stwierdzić czy dane porozumienie zawarte między portem lotniczym a przewoźnikiem lotniczym jest zgodne z testem prywatnego inwestora, należy uwzględnić, między innymi, oczekiwane dochody z działalności pozalotniczej wynikające z działalności danego przedsiębiorstwa lotniczego, po odliczeniu wszystkich rabatów, wsparcia marketingowego lub programów zachęt, przy czym uwzględniać należy w tym odliczeniu: „każde wsparcie ze środków publicznych, takie jak porozumienia marketingowe zawierane bezpośrednio między organami publicznymi a przedsiębiorstwem lotniczym, którego celem jest rekompensata części zwykłych kosztów poniesionych przez port lotniczy w związku z porozumieniem zawartym między portem lotniczym a przedsiębiorstwem lotniczym. Nie ma tu znaczenia czy wsparcie zostało przyznane danemu przedsiębiorstwu lotniczemu bezpośrednio, czy za pośrednictwem portu lotniczego lub innego podmiotu”.

³³ Por. wyr. Sądu w sprawie T-196/04, *Ryanair przeciwko Komisji*, pkt 59. ECLI:EU:T:2008:585.

marketingowe zostałyby zawarte po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z konkurencyjnych trybów określonych w przepisach wdrażających do francuskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy 2014/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych³⁴, to w sytuacji, w której wybranym wykonawcą byłyby Ryanair i AMS, KE i tak analizowałyby obie umowy łącznie. Przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno zapewniać traktowanie wszystkich konkurentów w przejrzysty, równy i niedyskryminacyjny sposób i często pozwala na wyeliminowanie lub ograniczenie ryzyka związanego z pomocą państwa (Nicolaidis i Schoenmaekers, 2015, s. 143–156). Należy jednak pamiętać, że Komisja ocenia umowę o świadczenie usług marketingowych *ex post*, a więc w momencie, w którym jest już jasne, w jakiej dacie i pomiędzy jakimi stronami została zawarta umowa o świadczenie usług marketingowych oraz umowa o świadczenie usług portu lotniczego. Łączna analiza obu umów przez Komisję będzie tym bardziej prawdopodobna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego weźmie udział tylko jeden podmiot (z którym zawarta będzie również umowa o świadczenie usług portu lotniczego). Komisja może wskazywać, że pomimo zachowania konkurencyjnej procedury, przetarg został faktycznie przygotowany „pod” konkretnego przewoźnika, nawet jeżeli przedmiot zamówienia będzie miał charakter niedyskryminacyjny i zamówienie będzie mogło być wykonane przez nieoznaczony krąg wykonawców (ewentualnie, w przypadku przetargu ograniczonego, oznaczoną liczbę wykonawców, zapewniającą jednak poszanowanie reguł uczciwej konkurencji).

C. Quigley, komentując sprawy przed KE dotyczące porozumień między portami lotniczymi a przewoźnikami lotniczymi, wskazuje na „wątpliwą” wartość umów o świadczenie usług marketingowych dla portów lotniczych (Quigley, 2015, s. 461). W Decyzji w sprawie Pau Komisja wielokrotnie zauważa, że jest „bardzo prawdopodobne”, że Umowy marketingowe nie istniałyby, gdyby Ryanair nie obsługiwał połączenia, o którym mowa w umowie o świadczenie usług portu lotniczego. Innymi słowy, umowa o świadczenie usług marketingowych ma charakter wtórny, stanowiąc swego rodzaju warunek obecności przewoźnika w porcie lotniczym. Analiza Decyzji w sprawie Pau prowadzi do wniosku, że nie oznacza to, iż Komisja sprzeciwia się istnieniu umów o świadczenie marketingowych jako takich. Jest tak dlatego, że **pomimo różnych zastrzeżeń co do skuteczności narzędzi marketingowych zastosowanych przez operatora Portu lotniczego w Pau, Komisja podstawową wagę przywiązuje do tego czy współpraca między podmiotem publicznym a przewoźnikiem lotniczym będzie rentowna i przyniesie korzyść ekonomiczną dla tego podmiotu publicznego**³⁵.

W związku z powyższym trafne jest stanowisko KE, iż w sytuacji, gdy stroną umowy o świadczenie usług marketingowych jest podmiot zarządzający portem lotniczym, przy ocenie skutków

³⁴ Dz. Urz. UE L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1. Ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. dyrektywa ta zostanie uchylona i zastąpiona przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE. Dz. Urz. UE L 94 z dnia 28 marca 2014 r., s. 243.

³⁵ Komisja nie była więc tak radykalna w swej ocenie, jak niezależny konsultant, którego zatrudniła do oceny Umów marketingowych. Niezależny konsultant wyraził szereg wątpliwości, co do interesu operatora Portu lotniczego w Pau w podpisywaniu tego rodzaju umów na zakup usług marketingowych, w tym, między innymi, z następujących powodów: strona internetowa Ryanair jest zasadniczo stroną służącą sprzedaży biletów, a nie stroną służącą sprzedaży podróży; porty lotnicze nie są porównywalne z innymi potencjalnymi ogłoszeniodawcami umieszczającymi ogłoszenia na stronach przewoźników lotniczych, ponieważ usługi, jakie świadczy port lotniczy pasażerom linii lotniczej, są ze względu na swój charakter nierozzerwalnie związane z usługami samych linii, w przeciwieństwie do usług powiązanych, jak zakwaterowanie lub wynajem samochodów; nie jest racjonalnym zachowaniem wydawanie pieniędzy przez port lotniczy na przewoźnika lotniczego, aby ten przyciągnął klientów na obsługiwane przez port połączenia, podczas gdy ci dodatkowi pasażerowie przynoszą zysk bezpośrednio temu przewoźnikowi lotniczemu. Por. pkt 47 Decyzji w sprawie Pau.

usług marketingowych dla tego portu należy wziąć pod uwagę korzyści wynikające ze zwiększenia opłat lotniczych, ze świadczenia usług obsługi naziemnej oraz przychodów pozalotniczych, pochodzących na przykład z działalności parkingu, punktów gastronomicznych i innych punktów handlowych, ale już nie korzyści dla regionu, w którym położony jest port lotniczy. Innymi słowy, liczą się jedynie skutki usług marketingowych dla rentowności portu lotniczego. Z tego powodu niejasne są jednak zarzuty Komisji, iż usługi marketingowe przewidziane w Umowach marketingowych nie są skierowane „do wszystkich tych osób, które są skłonne przekonać się do pobytu w Pau lub w jego regionie, ale do tych osób w szczególności, które są skłonne skorzystać z połączenia [...]”³⁶. Z perspektywy operatora Portu lotniczego w Pau, jako usługodawcy, to właśnie te osoby mają pierwszorzędne znaczenie, w związku z tym, iż zwiększenie sprzedaży biletów do Pau przekłada się na ww. korzyści dla portu.

Inaczej należy oceniać sytuację, gdzie stroną umowy o świadczenie usług marketingowych jest samorząd, który z jednej strony może wliczać korzystny wpływ usług marketingowych na turystykę i działalność gospodarczą regionu³⁷, z drugiej zaś – cel umowy o świadczenie usług marketingowych powinien być wówczas szerszy i dotyczyć promowania przyjeżdżania do danego miasta czy regionu. Z tego powodu, jak pokazuje Decyzja w sprawie Pau, istotne jest na przykład, aby w sytuacji, w której elementem usług marketingowych jest zamieszczanie na stronie przewoźnika lotniczego odnośnika do stron internetowych dotyczących promowanego podmiotu publicznego, odnośnik taki pojawił się przynajmniej na kilku wersjach językowych strony głównej przewoźnika lotniczego, a nie tylko na stronie angielskiej/w innym języku zbieżnym z państwem lotniska docelowego. Najlepiej zaś, gdy usługi marketingowe mają charakter zróżnicowany i nie sprowadzają się wyłącznie do zamieszczania takich odnośników lub reklam na stronie internetowej przewoźnika, w jego magazynie pokładowym czy na elektronicznej karcie pokładowej, ale mają miejsce również z wykorzystaniem kadłubów przewoźnika, ogólnotematycznych kanałach telewizyjnych i stacjach radiowych.

Potwierdziła to w Decyzji w sprawie Pau Komisja, wskazując, że pozytywny wpływ usług marketingowych zdaje się być „dużo bardziej hipotetyczny, a w każdym razie zbyt niepewny, aby racjonalny inwestor prywatny mógł brać go pod uwagę w sposób policzalny, oceniając swoją korzyść z zawarcia umowy o świadczenie usług marketingowych”³⁸. Tymczasem, przeprowadzając test prywatnego inwestora, należy ustalić korzyści z usług marketingowych, jakich odniesienia spodziewałby się hipotetyczny prywatny inwestor, działający racjonalnie i kierujący się zasadą osiągnięcia rentowności.

IV. Konkluzje

Niniejszą glosę rozpocząłem od stwierdzenia M. Schmaucha, iż sektor lotniczy tradycyjnie odznaczał się wysokim poziomem publicznego wsparcia. Autor ten trafnie zauważa, że wsparcie publiczne ciągle odrywa dużą rolę w sektorze lotniczym, przy czym obecnie pomoc pochodzi przede wszystkim od samorządów, chcących przyciągnąć do siebie niskokosztowych przewoźników

³⁶ Por. pkt 298 Decyzji w sprawie Pau.

³⁷ Pkt 50 Decyzji w sprawie Pau. W ocenie niezależnego konsultanta, którego Komisja zatrudniła do oceny Umów marketingowych, podmiotem, który mógłby rzeczywiście odnieść korzyść z usług reklamowych zachęcających klientów Ryanair, by po przybyciu spędzili tam więcej czasu i więcej konsumowali, jest właśnie region docelowy.

³⁸ Por. pkt 340 Decyzji w sprawie Pau.

lotniczych (Schamuch, 2012, s. 356). W dobie „otwartego nieba” i coraz powszechniejszego korzystania z usług transportu lotniczego zatrzymanie procesu ściślejszej współpracy między portami lotniczymi a przewoźnikami lotniczymi wydaje się niemożliwe. Zwróciła na to uwagę Komisja, która w Wytocznych z 2014 r. wskazała, że ich celem jest uwzględnienie „całości nowej sytuacji prawno-gospodarczej w zakresie finansowania publicznego na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych oraz [określenie warunków], w jakich takie finansowanie publiczne może stanowić pomoc państwa [...], a także, jeżeli faktycznie stanowi ono pomoc państwa, warunki uznawania takiej pomocy państwa za zgodną z rynkiem wewnętrznym”³⁹. W taki sposób należy też rozumieć Decyzję w sprawie Pau, w której Komisja określiła zasady oceny i warunki dopuszczalności umów o świadczenie usług marketingowych zawieranych przez podmioty zarządzające portami lotniczymi i przewoźników lotniczych. Dzięki temu decyzja ta może stać się na wiele lat punktem odniesienia w podobnych postępowaniach prowadzonych przez Komisję.

Bibliografia

- Jarecki, S. (2015). Nowe podejście Komisji Europejskiej do publicznego finansowania budowy infrastruktury transportowej – konsekwencje orzeczenia w sprawie Leipzig-Halle. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1.
- Jurkowska-Gomułka, A., Krajewska E. i Skoczny, T. (2013). EU state aid regime for the construction of aviation facilities and air port operations. W: F. Czernicki, T. Skoczny (red.), *Polish Airports in the European Union – Competitive Challenges, Regulatory Requirements and Development Perspectives*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.
- Kociubiński, J. (2012). Kryterium korzyści w kontroli pomocy publicznej w prawie UE. *Europejski Przegląd Sądowy*, 12.
- Kociubiński, J. (2014). Rabaty udzielane niskokosztowym liniom lotniczym przez regionalne porty lotnicze w świetle unijnego prawa pomocy publicznej. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.
- Nicolaidis, P. i Schoenmaekers, S. (2015). The Concept of ‘Advantage’ in State Aid and Public Procurement and the Application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER. *European State Aid Law Quarterly*, 1.
- Nykiel-Mateo, A. (2009). *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Quigley, C. (2015). *European State Aid Law and Policy*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Schmauch, M. (2012). *EU Law on State Aid to Airlines. Law, Economics and Policy*. Berlin: Lexxion.
- Semeniuk, P. (2015). *Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW.

Dr Piotr Bogdanowicz

adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego;
e-mail: p.bogdanowicz@wpia.uw.edu.pl

³⁹ Pkt 11 Wytocznych z 2014 r.